

在留特別許可の講学上の基礎に関する1つの考え方

浦川 源二郎

はじめに

第1章 移民法上の過去の違法とその覆斥

第1節 ウォルドロン (Waldron) の *suppression* 理論と歴史的不正

第2節 移民法におけるアムネスティに関するボズニアックの整理

第3節 小括

第2章 過去の不正を覆斥するための諸要素

第1節 非正規滞在者の貢献の主張の正当性は自明でない

第2節 取得時効と責任減少の主張

第3節 「占有権」発生の主張

第4節 小括

むすびにかえて

はじめに

非正規滞在者に在留資格を付与する手段として、アムネスティという方法がある。^①このアムネスティは、移民が過去に行つた義務違反行為に対する特別の救済という制度理解を前提とする。主権国家はしばしば、退去を強制するのに不都合な事情がある場合アムネスティを行う。これはわが国でも、入管法45-50条で在留特別許可として制度化されている。しかしながら制度の理論面からの研究に一部、不十分さがある。

そこで本稿は、アメリカにおける憲法・法哲学上の議論をベースに、非正規滞在移民に対するアムネスティについて、その根拠と理論モデルを検討する。特に、移民へのアムネスティ関連研究で多くの業績を残すリンダ・ボズニアック (Linda Bosniak) の理論を参考にする。^②

これによつて、わが国でも実際に主張される在留特別許可を争う諸種の主張の整理と、その妥当性を考えるための素材を提供する。あわせて、現行法が採用する退去強制・在特制度の理論的基盤を整備して、同制度の研究を高度化する素地を整えることを目的とする。

以上の目的からなる本稿は次の構成をとる。第1章では、アメリカ移民法上の退去強制と正規化に関する、ボズニアックとその基礎を支える憲法・法哲学上の研究を紹介する。第1節では、ボズニアックの理論の前に、そのベースとなった、ジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) とこれに関連するカト

リーナ・ミリアム・ワイマン (Katima Miriam Wymam) の研究を紹介する。歴史的不正への償いの正当化をめぐるウォルドロンの *supersession* 理論等の概観によって、過去に行われ現在の償いを十全に行うことが難しい不正な行為に対する議論の 1 つのあり方を確認する。第 2 節では、移民法におけるボズニアックのアムネスティに関する整理とその理論化の試みを紹介する。ボズニアックの研究から、アメリカ法における移民をめぐる法哲学・憲法学上の議論を確認する。また、アメリカ移民法を継受したわが国入管法における在特制度に関する、1 つの理論的説明のあり方も読み取る。第 3 節では以上の小括を行う。

第 2 章では前章での議論をもとに、過去の不正を覆斥して審判を非正規滞在者の滞在に傾ける諸種の重み付け要素を概観する。本章では特に、財産権への言及が 1 つの軸となる。第 1 節では、非正規滞在者の労働や納税による地域への貢献関連の主張を批判的に検討する。第 2 節では、アイエレット・シャッハー (Ayellet Schachar) による財産権と市民権のアナロジーによる取得時効類似の主張を紹介する。第 3 節では、ラズの利益説に基づく非正規滞在者の権利発生と国家への義務発生を主張する、アンナ・スティルツ (Anna Stilz) の理論を検討する。第 4 節では、以上の議論の小括と若干の検討を行う。

第 1 章 移民法上の過去の違法とその覆斥

第 1 節 ウォルドロンの *supersession* 理論と歴史的不正

第 1 款 ウォルドロンの *supersession* 理論

本稿が多くを学ぶボズニアックは、理論展開にあたり、ジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) の論考を基礎とする。ウォルドロンの同研究は、ニュージーランドにおける白人入植者による先住民の土地収奪という過去の不正行為と、その上に築かれた現代世代の土地利用・所有をめぐる、先住民の子孫の所有権の主張の道徳的正当性を対象にする。そしてウォルドロンは、歴史上なされた不正な土地収奪に対する、現代世代の道徳的主張は、それほど確固たるものでないと論じる。過去の不正が不正であるにもかかわらず、その後の時間の経過と事情の変更によって、完全な償いをなすことができず不正を矯正できない可能性を認めざるを得ないとするのである。以下、先住民に対する歴史的不正問題へのウォルドロンの主張の骨子をまとめる。

先住民 (indigenous) の定義の仕方には、(A) 当該土地の最初の住人の子孫とするか、(B) ヨーロッパ人の入植以前の住人の子孫とするかの 2 通りがある。そして、先住民の土地所有の権原正当化原理は、(A) の場合には「最初の占有原則 (principle of first occupancy, 以下(A)原則)」が用いられる。(B) の場合には「直前の占有原則 (principle of prior occupancy, 以下(B)原則)」が用いられる。だがこれら正当化が成功しているとは言い難い。

(A)原則は、「ある土地の所有を始めた最初の人または人々は、所有権と主権の範囲内において、その土地に特別の権利を有する」とする考えと要約できる。この考えの基礎には、財の権原の原始取得と移転の正当性に関する、ロックやノージック的所有権理解がある。すなわち財の権原の取得につき、他者の権利を妨げてはならず、権利侵害により積み重ねられた財の承継も不正である。ゆえに先住民はなおその土地につき、権利を主張しうるというのである。

しかし、(A)の先住民概念に該当する者を遡って突き止め、その子孫を特定することは著しく困難である。^③また歴史的権原(historical entitlement)というロックの財産権論を参照するなら、ロック的但書が適用される。この場合、自らの必要以上に土地等を取得・占有し、遅れてきた者に何も残さないことは不正となる。この道徳規範を是認すると、単に早い者勝ちでその土地を占拠したからといって、先住民に遅れてたどり着いたがもはや他に行き場のない入植者の子孫も現在定着するその土地について、先住民の子孫が当該土地の占有を主張し、入植者子孫の退去を強制することも正当化できなくなる。^④さらに、権限保持者に要請される配慮の内容や程度は状況に応じて異なることから、権原が状況に感応的であることが要請される。ゆえに当初の収奪から長期間が経過する間に背景事情が変化したとき、権原は弱まる。^⑤

他方の(B)原則は、(A)原則のように始原的な権原を主張しない。

ヨーロッパ人の不正な占有開始に、先住民の占有が先行していたことから、その土地にまつわる自決権や、経済的・所有権的主張の優越性を導く。^⑥そしてこれは、その土地への先住民の結びつきと時間を要素としてもつが、同原則は権原取得の起源を問わず、むしろ現状維持(preserving status quo)を主張する保守的立場である(ゆえに潜在的に(A)原則と対立する)。

当該原則を21世紀で用いて所有権や主権の回復を主張することの困難として、特定の一時点を切り出してその不正を断じる同原則が、当該不正の上に築かれた入植後の社会様式を正当化するものとしても機能しうる点が挙げられる。

すなわち、(B)原則は安定性・安全・確実性・平和に関心を持つ。既存の取り決めに覆すことを禁じ、現状維持への一応の権利(prima facie right)を与える。しかし、先住民からの不正な土地の取得から長期間が経過し、新たな秩序が安定しているのであれば、現行秩序の維持のために同様のことが言える。こうして時間が罪を洗い流す。^⑦

前の世代の不正な土地収奪に対する現代世代の占有の返還が、事実上も理論上も困難な状況につきウォルドロンは、矯正による占有の移転ではなく、当初不正であった財の継続的所持が、ただの時間の経過と当該占有の継続によって覆されて、不正以前の権利の道徳的重要性が消滅する可能性を説く(superseded)。^⑧

なお、以上の過去の不正な土地・財産取得をめぐる現代世代

の正義の問題は、先住民以外との関連でも議論される。これは歴史的不正 (Historical Injustice) という概念で把握され、合衆国の文脈で考えると、第二次世界大戦時の日系アメリカ人の隔離への戦後の償い、ネイティブ・アメリカンの土地収奪、アフリカから連れてこられた黒人奴隷などにつき同様に論じられる。

第2款 カトリーナの歴史的な不正論

歴史的な不正への償い (redress) 関連の研究は諸種あるが、次に本稿の関心上、カトリーナ・ミリアム・ワイマン (Karina Miriam Wymann) の研究をとりあげる。同研究は、ウォルドロン同様に時間の経過による過去の不正に対する糾弾の限界と、償いのあり方を論じており示唆に富む。

カトリーナは歴史的な不正の要素として、(イ) 1 世代以上前の行為、(ロ) 政府や企業といった集団のコミットメント、(ハ) 害される個人の多数性、(ニ) 人権侵害を含む行為、の4つを挙げる。そしてこれら不正に対する償いの主張を、文化と法、経済と象徴 (symbol) の要素を用いて分析し、被害とその償いの要求を類型化する⁹⁾。

また歴史的な不正の被害者の主張の道徳的根拠として、今後の人権侵害行為を抑止するための償いを主張する功利主義的抑止論、歴史的な不正によって現代世代が置かれている格差への配慮を主張する配分的正義、アリストテレス的矯正的正義、ノージツ

クの矯正的正義の4つを挙げる。カトリーナは同研究中、歴史的な不正への償いの道徳的根拠としての将来志向 (forward-looking) の前二者の見込みが少なく説得力に乏しいとする一方、他方では過去志向 (backward-looking) の後二者による正当化可能性を説くが、その通用力の限界も指摘する。本稿の関心上、以下、後二者に注目する。

アリストテレス的矯正的正義が課すものは、「ある人が相応に保有する物 (equality) への侵害をおこなった者への返還の義務」である。その性質は当事者固有 (agent-specific) のものとされる。成立要件は、①被害者・加害者両当事者の現在性 (existence)、②保護された利益に対する侵害 (violation of protected interest)、③侵害からの救済可能性 (remediable violation) の3つとされる。

歴史的な不正の被害者の子孫がアリストテレス的矯正的正義に依拠して償いを請求する際の限界は特に①から生じる。不正を行った者か、その被害者が存在しなくなったときに、矯正の義務が終結する。そのため、当該根拠に基づく償いの要求には、タイムリミットがある。この個人間でのタイムリミットを、国家や会社を当事者として再構築すると、法人等の集合体およびその構成員に対しては、団体の連続性をもとに当事者としての地位を引き継ぎうる。他方、個人は被害者本人が死亡した後に、その子孫がアリストテレス的矯正的正義を主張することは、①要件を緩やかに解したとしても限界がある¹⁰⁾。

カトリーナは、ロック・ノージック的矯正的正義およびその但書を分析するウォルドロン¹¹の理論についても検討を加え、同様に救済の限界を指摘する。ノージック的矯正的正義の主張の要件は、(a)歴史的権限 (historical entitlement) によって保護された利益の侵害、(b)侵害からの救済可能性、(c)ノージック的但書の3つである（その通用力の限界については、上述のウォルドロン¹¹の状況感応性に関する説明を典拠にする）。

そして、ノージック（とウォルドロン）とアリストテレス、この両矯正的正義を比較したとき、①当事者の現在性の方が、(c)但書よりも償いの根拠として広い制約を負うが、どちらについても時間の経過（とその後の状況変化）¹²による限界を内包する。以上がカトリーナの整理である。

第2節 移民法におけるアムネスティに関するボズニアックの整理

以上は先住民などへの歴史的不正に関する議論だった。以下では、リンダ・ボズニアック (Linda Bosniak) が整理した移民法上のアムネスティの理論モデルを紹介する。そして、移民に関する法学・憲法学上の議論の構図を確認する。その上で、国家の移民の退去強制権を前提とした議論に射程を限定し、非正規滞在の地位の正規化の根底にある思考を探る。

ボズニアックは、アムネスティの根幹には違反行為の抹消、寛容、解放の3つの側面があり、アムネスティの実践において

はこれらが組み合わせられアムネスティの語が用いられるとする。そしてこれら要素から発展し実施されるアムネスティを、「許しと忘却 (forgive and forget)」、「行政運営上のリセット (administrative reset)」、「正当性の立証 (vindication)」の3つのコンセプト・モデルで整理する¹³。

以下、各コンセプトの概要を述べる。「許しと忘却」モデルにおけるアムネスティは、何らかの公的に認知された違反の行為者への寛容と違反行為の影響の抹消をメルクマールとする。これら違反行為に対する処罰を許し、水に流すというのが、この場合のアムネスティ理解である¹⁴。このモデルに対しては、アムネスティの利益のために違反行為を是認することとなるという象徴的コスト (symbolic cost) 批判が存する。加えて、違反者に対し制裁ではなく寛容な免除をもたらす点や、違反行為を行わない真面目な法遵守者への悪影響も同時に指摘される¹⁵。

第2の「行政運営上のリセット」モデルでは、アムネスティは、執行可能なキャパシティを超えた場合における、政治・行政上の負債の一掃としてプラグマティックに理解される。この場合、不正行為は、ガバナンス全体の機能性を確保するために忘却される。このモデルでは、正義をめぐる問題が議論の中心から外される。このモデルに対してはまた、正義の問題の捨象に加え、不正行為の有する罪への宥恕と報酬につながる点が、「許しと忘却」モデル同様に批判される¹⁶。

第3のモデル「正当化」は、前二者と発想を異にする。この

場合に実施されるアムネスティは、不正を行ったとして糾弾された者への庇護と、その行動の正当化の意味をもつ。このモデルでは、非難されるべきは、アムネスティの対象となる何らかの違法行為をおこなった者(理想的には不正な法への不服従者)ではなくて、その違法を取りしまった側であり、アムネスティは本来罰せられるべきでなかった者の自由と名誉を回復するものと捉えられる。

ベトナム戦争反戦活動を理由に逮捕された者を不正な法の被害者として、その自由を取り戻すため用いられるアムネスティがその例である。そしてこのモデルの下では、アムネスティによる被害者救済は、被害者の不正を断じた法自体の不正を認めることになる¹⁷⁾。

以上のモデルは、移民法領域におけるアムネスティ議論とも通底し、どのモデルに引き付けて移民法上のアムネスティを理解するかで、いかなるアムネスティがなされるべきかの結論が異なる。そしてアメリカにおける移民へのアムネスティ議論の主流は、「許しと忘却」と「行政運営上のリセット」の中間とされる。「許しと忘却」モデルでは、道徳的問題としてアムネスティを扱う。そしてこの場合のアムネスティ議論には、「違反者への褒賞」という批判と、「事実上のメンバーシップを有するものとしての移民の存在承認」の両論が、同じ枠内で展開される¹⁸⁾。他方「リセット」モデルでは、論調はプラグマティズムに傾斜する。(なお国境解放論者のボズニアックは「正当化」

モデルを志向する。本稿はわが国実定法の理解を目的とするため、国境解放論と「正当化」については割愛する¹⁹⁾。

以上の通り、移民をめぐるアムネスティも移民の違反行為を前提として議論するものと、国家による国境管理を批判する議論とがある。前者においては、非正規移民が国内で長期にわたる滞在し地域と紐帯を形成してきた事実(関係性)という、*time* と *tie* に注目したアムネスティの主張がしばしばなされる。紐帯と時間による正規化の議論にもバリエーションがあるが、その議論の構造は、当初の違反行為を後続の社会変化の事情が覆斥 (*supersede*) する、とするものである。労働、通学、家庭生活、宗教施設への礼拝といった移民の日々の生活の蓄積が、社会における実質的なメンバーシップを形成し、始原にある違反行為を覆い隠す (*eclipse*)²⁰⁾。そして時間と紐帯による覆斥の主張者は、国家の国境管理の権限を正当なものと認めながらも、個人の尊厳や共同体の価値、民主的平等 (*democratic equality*)、根本的礼節へのコミットメントによりアムネスティを正当視する。

以上、国家の国境管理権の正当性を指定し、国家の正当な権限行使に違反した非正規滞在者の責任を免除するアムネスティのモデルをみた。ひとまず、上述のアムネスティモデルを実際の移民法上の議論と照合して理解するために、ここで、移民と国境管理をめぐる法・政治哲学的議論の大枠を簡単に確認する。まず国家の国境管理権の道徳的正不正をめぐる議論があり、

個人の移動の自由であれ、カントの欲待理論をアレンジするものであれ、グローバルな平等に基づくものであれ、国境管理を不正とみる立場からは、国境放論的主張が展開されうる。

他方、国家の国境管理権と、非正規滞在者に対する退去強制権限を肯定する場合には、外国人には移民法を遵守する義務が認められる。そして、外国人の義務違反行為が侵害する国家の権限の性質(国家の自己決定侵害か、文化的統一性侵害か、あるいは単なる遵法義務違反か)²²や、退去強制における適正手続き関連の議論がこれに続く。そしてここからさらに、非正規滞在者側の義務違反行為の性質およびこれへのアムネスティをめぐって、それが覆しうる程度の一応の誤り(*pro tanto wrong*)か、そうでないかをめぐる議論が加わる。

国家による国境管理とその法の正当性を前提として、移民法遵守義務とその違反行為が、その後の事情変更によって覆しうるとみる場合、ボズニアックは当該違反を「一応(*prima facie, pro tanto*)」の違反行為と扱う。すなわち、移民法違反行為による退去という一応の理由と、これと両立できない他の理由が競合し、これらの間で調整や熟考の末に終局的な義務・責任が決定されると解する。このとき、この *prima facie* な理由を覆す他に競合する理由があるのか、あるとすればそれは何なのかがついで問題となる。

ボズニアックの議論においては、この一応の義務を覆し、置き換え、あるいは優越する際の道徳的根拠となりうるのが、先

述の「許しと忘却」モデルと「正当化」モデルである。これらはさらに、置換理論(*supersession argument*)と優越理論(*override argument*)として論じられることとなる(後者はさらに *contemporaneous override* と *corrective override* に分かれる)。以下各大要を述べる。

まず置換(*supersession*)理論は、最初に何らか違反行為があつたが、その後状況が変化し、これにより道徳上の計算の結果、最初の違反行為が違反行為でなくなる(*not-wrong*)という構造をとる。移民法領域における正規化に当てはめると、まず国家はこの非正規滞在者に対して侵入と滞在を制限する請求権(*claim-right*)を有する。移民希望者はこれに従う義務を負い、その違反は違法行為として、国家による法執行ならびに制裁が課されることになる。しかし、当該非正規滞在者が滞在中に関係を構築し、根をおろし、また国家に対し貢献した場合には、事実上のメンバーシップ・社会的メンバーシップ・利害関係発生という事情変更が起る。こうして当初の違反行為がもはや違反行為でなくなる。²³

ただし以上の道徳上の計算に対しては「どうやって(*how*)」と「なぜ(*why*)」の問いがある。「どうやって」の議論は、この道徳上の計算による錬金術がどのようにして起こるのか(何がこれを引き起こすのか)である。これについては論者により立場は微妙に異なるが、広く共通して見られる要素は、領域内での現在性と滞在時間である。これを加味して、法規定に従い、

「現在性＋時間－刑法上の犯罪行為やテロ活動などの道徳上の変質を阻害する要因」という計算が行われ、正規化か退去かが決せられる。⁽²⁵⁾

他方、「なぜ」の議論は、道徳的変化を正当化するものは何なのかという形をとる。この問いへのアプローチとしては、権利論からのアプローチ、デモクラシー原理からのアプローチ、プラグマティズムに基づくアプローチなどが考えられる。

ボズニアックが傾注する権利論アプローチはさらに、人生設計の発展のための「占有権」発生というアプローチと、市民権取得のアプローチと、家族の統合と保全への妨害排除のアプローチに分類される（前二者については次節で扱う。家族については本稿では扱わない）。

デモクラシー原理からのアプローチは、平等な市民からなる民主的共同体においては、長期的に基本的諸権利を付与されない二級市民の存在が、まさに受入国における民主制の価値を毀損することから、非正規滞在者の正規化ないし市民権付与を導こうとする議論である。プラグマティズムによるアプローチは、周縁化された非正規滞在者が、発覚と退去を恐れて免許不所持や健康保険未加入等の社会への負の影響を及ぼす行動をとる事を防ぐという実利的観点からアムネスティの議論を行う。⁽²⁶⁾

以上のほかにも、ボズニアックの整理の中には、国家による国境管理権の存在を前提とした正規化の理論として2種の優越理論（contemporaneous override と corrective override）がある。

同時発生的優越（contemporaneous override）論は、端的には、移民法違反行為への責任がない者には、違反行為と同時にその責任を阻却する根拠が発生するとして、アムネスティ付与の道徳的根拠を見出す理論である。この典型が、難民や子どもである。彼らについては、違反行為への非難の免除と違反行為を上回る理由の存在が、違反行為と同時に発生しかつ違反行為の性質に直接的影響を与える点で、その後の時間の蓄積と状況変化に依存する置換理論との差が生じる。⁽²⁸⁾

だが子どもには違反への非難可能性がないといっても、それでも「本来の国籍国に戻せばいい」と言えてしまう。子どもや、幼少期に越境しそのまま成長した非正規滞在者を退去強制させることの過酷さの最大の要因の1つは、国内での関係性構築による、当該国からの離脱の困難さにある。また難民についても、危難が去ったのであれば国籍国に戻せば良いところ、その後もなお滞在を望むのであれば、それは前述の通り時間の経過と現在性による関係構築が前提にある。そう考えると国家の退去強制権を前提にしかつ退去を原則として考えると、実務上は、同時発生的優越論も supersession 計算における積極要素ないし消極要素のいずれかにおいて、非正規滞在者に有利に働く一要素として捉えられることになるだろう。

矯正的優越（corrective override）論でも、国家に国境管理の権限が一応存在し、かつ移民一般にその遵守義務が一応のものとして措定される。しかし特に歴史的要素に注目し、移民の送

出国と受入国の間に過去の誤りに起因する責任関係がある場合には、矯正的正義の観点から、受入国の権限行使の余地が減るとこの立場からは考えられる。²⁹⁾しかしこれに対しては、ボズニアックの指摘する通り、被害者と加害者の同一性、何を「過ち(wrongdoing)」としてカウントするか、因果関係、過ちに対する適正な救済手法、といった点で、歴史的事実をアムネスティの根拠として主張するには困難がある。³⁰⁾以上諸々の紹介を行ったが、本稿ではさしあたり矯正的正義論を排除した上で、国家の退去強制権の存在を前提とした理論モデルに考察の射程を限定する。

第3節 小括

以上、過去の不正と土地をめぐる英語圏の法哲学・憲法上の研究について概観した。ボズニアックはウォルドロンの *supereession* 理論から示唆を得ているが、留意すべきは、ウォルドロンが直接の議論の対象としたのはニュージーランドの先住民で、それは「歴史的不正」と呼ばれる問題群への理論的アプローチだという点である。移民と先住民は同様にマイノリティ問題として、多文化主義関連の議論で括られることもある。だがカトリナは整理も参酌するに、非正規移民と入植者の間には、不正を行った主体の規模や属性、当事者の現存性、問題群における被害者側の要求内容とその実現性、時間の経過の度合いについては著しい差異がある。³¹⁾そのため、ボズニアック

も理解するように、直ちに移民と入植を同視して無邪気にウォルドロンの理論を援用することはできない。

しかし価値多元論的立場から、両立できない道徳的正当性を有した一応の理由 (*prima facie, pro tanto reason*) の葛藤として非正規移民の問題を扱うことはなお可能である。そして、一方で退去を是認する理由が越境当初から存在するが、他方で、その後の時間経過によってこれとデイレンマを起こす正当な理由が醸成される(また、不正の糾弾にも時間の経過からくる限界を見出せる)という見方もできる。³²⁾このように考えると、在留特別許可や個別的アムネスティはこれら葛藤を熟慮し衡量するステージであって、どちらにどれだけの重みを与えるかは、各移民に生じる個別の事情・要素を検討して決せられる、と理論的に整理できる。

以上、制度の大枠に関する1つの理解の示唆を得たところで、次にその細部を扱う。次章でみるのは、ボズニアックの整理の中でも登場し、わが国でもしばしば裁判・研究中でみられる、個別的検討のための諸要素である。

第2章 過去の不正を覆斥するための諸要素

本章では、非正規滞在者に滞在の地位を付与するべく主張される、利益・財産権との接点を持つ3つの学説・議論について紹介し、今後のその検討のための素地を整える。「労働や納税による貢献」、「取得時効」、「占有権」の順に扱う。そして最後

に小括を行う。

第1節 非正規滞在者の貢献の主張の正当性は自明でない

非正規滞在者へのアムネスティを求めてしばしば主張される根拠が、労働や納税による貢献である。この主張の正当性の根拠がどこにあるのか、筆者にはあまり分からない。さしあたり、相互性や互惠やバランスの理念に立脚すると仮定する。そして本節では、法・政治哲学におけるフェア・プレイ論（公平論）を応用して、その適否を考察してみる。

フェア・プレイ原則とは、「人々の協力関係から利益を受けている人は、自分もそれに協力する義務を負うという原則」と説明される。これを裏返して、上述の在特付与の主張をフェア・プレイから説明すると、「当該国の国民は非正規滞在者の労働・納税によって一定の便益を享受している。なのでそれに見合う法的保護とサービスを付与するべきである。あるいは公平な処遇を要す」と換言できよう。

しかしこの主張に対しては、ノージックが指摘した「利益の押し付け問題」から疑義が浮かぶ。すなわち、押売り商人が勝手に商品を置いていても対価を払う義理がないように、「望まない利益を押し付けられた者に対して、公平な負担を要求することはやりすぎ」で、「こうした『利益の押し付け問題』を回避するためには、フェアプレイの原則に利益が負担を上回るという条件と、現実の同意という条件を付さねばならない」。

これを洗練すると、単に便益を「受領」しているだけではコストを負担させるのに十分ではなく、便益の享受を「受諾」することを要する、と換言できる。

国境の取締りと就労管理を行う国家において国民が、違法に入国・滞在し資格外で活動する非正規滞在者がもたらす便益を「受諾」しているといえるだろうか。同様に、先の主張から一歩進めた「貢献の対価として市民権を要求できる」という主張も適否を問うべきである。そもそも、国家による諸自由の保障という地位は対価を払わねば得られないものか。政治参加の権利（と論者によつては義務）を包含する市民権は対価関係にあるのか。政府による自由保障の対価を払えない者は放逐されるべきか。

むしろフェア・プレイから考えるなら、法遵守の義務に違背する非正規滞在者の主張は、アムネスティ反対論者が批判するように、法を遵守している他の外国人と並置したときフェアではない。外国人といえども、その国の法を遵守すべきで、かつその違反は非難されうる。そして、国家の国境管理権と退去強制権を前提に論じると、非正規滞在者は、他者の法遵守から生じる秩序を意図して享受しておきながら自己はそれに協力せず、自分だけを特別扱いするよう求める者と非難されるのではないのだろうか。そしてこの法の遵守義務違反への非難は、次節で扱う責任減少と関連する。

第2節 取得時効と責任減少の主張

財産権とのアナロジーから市民権を論じ、これを参照して移民法領域における正規化を論じる見解が存在する。アイエレット・シャッハー (Ayelet Schachar) は、非正規滞在者が合衆国に在留し正規化を受ける、つまりメンバーシップを手に入れる機会を得るための法的権原の基礎に、移民とホスト国の関係の「根深々 (rootedness)」を用いる。そうして、財産権とのアナロジーで、政治的共同体との真性のつながりのある者が、市民権 (citizenship) とこの財産権チック (property-like) な政府により作出された新しい財産 (new property) ⁽⁸⁾ を入手する機会を得ることを論証しようと試みた。

まず彼女は、ウィリアム・ブラックストーン (William Blackston) に依拠し、政治的メンバーシップに関する公的権原 (public entitlement) へのアクセスについて、「初めから許可なく財産権の上に存在する個人も、特定の法的条件の下でその後、法的権原を取得することができる。同じことは、政府が發布する新しい財産権チックな財に関する権原についても、少なくとも同程度の効力をもつて妥当する」と述べ、財産権と市民権の類比を試みる。⁽⁹⁾

シャッハーが注目するのは、財産権と市民権の機能上の近似性である。財産権には、時間と根深さにより変化する関係性を反映して、不完全な形式の基礎の上に権原の取得を認めるエクイティ上の諸法理が存在する。権利不行使の怠慢による消滅時

効 (laches) などがその例である。これらの要点は、当初の法形式が永遠に問題となるのではなく、その後の関係的機能 (relational functions) が権利をもたらす、という点である。⁽¹⁰⁾

また財産権の性質を分析すると、たとえ物権を例にあげたとしても、そもそもそれは現在する物自体を対象とするものではなく、財産権は物にかかわる諸個人の関係性を創造し、規律する人造の概念である(またこの支配関係は今や、物権の対象は不可触の商標や特許に関しても及ぶ)。そしてかかる財産権の保護は、保護を実現しうる法システムおよび統治と連携して、初めて意味を持つ。こうして財産権は、人々の間の権原と義務をめぐる、国家によつて執行される関係性と認識される。

ホーフェルドは、財産権を「権利の束」と見た。またウォルドロンは「財産権関係とは、(希少な) 資源へのアクセスとコントロールを支配するルール体系を提供するものである」というテーゼを示した。以上を参照すると、市民権とは国家により形成される新たな財産権、すなわち「移民法が、メンバーシップという希少な資源へのアクセス・コントロールを支配するルール体系を形成する」と導かれる。かくしてシャッハー理論において、国民間の不可触な関係の基礎をなす市民権という公的権原と、私有財産の類比の基盤の整備が試みられる。その上で、根深さによつて非正規滞在者も社会的メンバーシップを事実上形成し、関係性を変動させることから、関係性によつて変動が生じる私有財産同様に、市民権をめぐる権原にも時間と関

係性による変動が生じうるとされる。さらに、市民権のような成員資格は物権と違い、同じ物の上に両立できない権利を争うのではなく、新たな付与がされても成員資格は失われれないとして、時効取得の道德的許容を語る。かくして非正規滞在という original sin が財産権理論によって赦され、取得時効類似の理論によって、許可なく国内に居住を始めた者も、特定の法的条件下でその後正当な権原を取得できる、と主張する⁽⁴⁴⁾。

以上が、財産権とのアナロジーによって、時間の経過と関係性の変化を理由とする市民権の取得を主張するシャツハーの研究である。

ところで時間の経過による法関係の変化の主張は、財の取得以外にも、責任減少の文脈でも分析することができると。すなわち、その後の時間の経過によって移民の人格の同一性が薄れることで、違反行為を行った当該移民の人格に対する責任が減少し、もはや問いえなくなるという主張もありうる。この場合「責任」の議論の前提となるのは所有権的な関係性ではなく、(移民領域は実定法の分類上民事・行政だが)「非難」である(なお現実の議論においては、行為の結果生じる「負担」の引き受けという意味での「責任」もここから導出される、または「非難」としての「責任」と区別せず用いられている可能性がある)。

この「非難」の考え方は、しばしば展開される「不正に入国した移民の親の世代には『責任』があるが、連れられて入国しまたは滞在中に出生した子どもたちに『責任』はない」という

主張をよく説明できる。そう考えると、時間の経過を重要な要素として議論するアムネスティ論者の思考には、財産権や所有権といった取得の関係性だけでなく、責任と非難と人格の同一性に関する減少・消滅の考えも包含されているといえる。そしてこの点の検討が、長期の不正滞在を「不正な行為の継続」とする評価に対し、「責任の減少」と反論する基盤を与える(だが本稿ではこの問題を扱う余裕がないため、ここでは時効との関連から以上の示唆にとどめておく。またシャツハーによる財産権とのアナロジーについては本章第4節でスティルツとまとめて扱う)。

第3節 「占有権」発生主張

長期にわたる移民の滞在と定着がなんらかの道德的根拠に基づく権利につながる、という主張がしばしばなされる。移民について直接扱うわけではないが、長期の滞在が空間の占有の請求権に発展しうることを財産権アプローチにより論証する研究として、ボズニアックは、ナバホ族の強制移動に関するアンナ・スティルツ (Anna Stutz) の研究をあげた。そしてその後スティルツは、道德上の国家の退去強制権に関する研究を発表している。そこで以下では、地理的空間の「占有権」(right to occupy a particular geographical space. 以下、スティルツの occupancy right はカッコ付きで「占有権」と記述。)や移民に対する国家の退去強制権に関するスティルツの一連の研究を紹介し、財産

権とのアナロジーで語る道徳的権利論を学ぶ。

「占有権」を論じるにあたりステイルツは、土地や空間の使用・支配を主張する権利である点と、多数当事者間での関係を規律する点から、領域内における成員を統制するルールが財産に関するルールと類似する点を指摘する。⁽⁴⁶⁾そして、「占有権」を原始的(primitive)で財産権チック(property-like)な前制度的権利と位置付け、その論証を行う。

空間の支配や使用に関する財産権チックな権原として、ステイルツは、以下の3つを挙げる。第1が、私人が家屋や私有地の使用収益処分の権利を束ねた私的所有権(private ownership)である。第2が、国家が特定領域に通用する法を制定し執行する領域管轄権(territorial jurisdiction)である。⁽⁴⁵⁾そして第3が、特定地域における社会・文化・経済的慣行に参加するために定住し、退去を強制されず、かつ帰還することを保障する「占有権」である。

この「占有権」は、労働、礼拝、購買など市民社会における当人にとって重要な場所へとアクセスすることを認める権利と位置付けられる。この権原は、私的所有権よりも、対象となる空間への支配力が弱い反面、所有権よりもアクセスできる範囲が広い。この「占有権」は、地表に関する財産権(property)の、1つの弱い形態である。そしてこれは制度によって設定される権利ではなく、前制度的な道徳的内容を持つものであるため、道徳的規範として国家が設計した財産権理論を拘束する。⁽⁴⁶⁾

財産権理論の講学上の考察は、制度的アプローチと、法や規約から独立した制度以前の道徳論的アプローチに二分できる。制度的アプローチには、社会制度や法制度外には、物質的財に関するいかなる権利もないとする強いアプローチと、制度外から財産権の形態等を一定程度枠付ける規範の存在を是認する、ハイブリッドな弱いアプローチとがある。そしてステイルツの立場は、制度以前の道徳的規範の存在を認めながら、なおも不鮮明な調整問題の解決等を図るために、人造の明確な法制度の設計を要請するというハイブリッドなアプローチを採用するといふものである。制度が財産権の本身全てを決するのでなく、道徳論に基づく主張が存在し、財産権制度が存在しない状況においてもなお守られるべき規範がある、というのである。⁽⁴⁷⁾かくして「占有権」ゆえに、個人はそれまで居住した地をたやすく退去させられたり、居住を奪われたりしないという前制度的な道徳上の権原が導かれる。

かかる道徳上の空間ないし土地占有権の請求権の根拠は、地理的空間が個人にとって最も重要な人生設計と関係構築に占める役割に求められる。安定した土地の占有は、善の構想のほば全てに関わり、重要である。そしてステイルツにおいては、「Xが権利を持つということは、Xの利益が他者に対して義務を負わせるに足る理由を持つ場合、かつその場合のみをいう」とするラズの利益説が援用され、当該占有が道徳的権利であるとの論証が試みられる。⁽⁴⁸⁾論証は、利益の重大性と、他者にその利益

の尊重義務を負わせる十分性の 2 段階からなる。

論証を簡略化すると以下の通りである。複合的な生の目的と個人の関係性のほとんどは、居住する場所の継続的使用とアクセスを必要とする。我々が構想する生の目標や関係性等は、特定の場所に位置付けられた (situated) ものである (位置付けられた生の計画、located life plan)。この位置付けられた生の計画実現の利益は、当該計画が自律的に選択されたものであるかどうかには依存しないが、特定領域の占有は個人の自律の生にとって重大なものである。故に、ロック的な公正な使用の但書 (fair-use proviso) という制約はかかるものの、位置付けられた生の計画には道徳的重みが認められる^④。

この占有の利益は、他者にその尊重の義務を負わせるに十分なものとも考えられる。土地を追われることで生じる生の計画に対する損害が激甚であるのに対し、多くの場合、退去させることで得られる利益はそれに釣り合うものでなく、かつ他者の空間占有を認める義務の遵守から生じる負担もさしたる重みを持たないからである。無論、占有にもロック的但書からくる公正な利用の制約がかかるが、「占有権」尊重の義務は、他者の退去強制などから得られる経済効果などの潜在的な主張を排除するに足る^⑤。そうして、それまでその土地に住んでいた者に対する強制移住や排除は、「占有権」を覆すほどの重大な理由が存在しない限り、一応の誤り (pro tanto wrong) とされる^⑥。

以上、財産権とのアナロジーから、個人が重大な利益を有す

る地理的空間から退去させられない権利として「占有権」を論じて、またその制限をロック的但書から導こうとするスティルツの主張を見た。その後の論考では、本来共有物であった土地を占有する権利の発生の根拠や、財産権とのアナロジーの意図などが論じられている。そこで、本稿のテーマとの関連上、これらについても要点を概括する。

スティルツはグロティウスを引きながら、国際政治上の制度や共同所有者の同意が不在であろうとも、地理的空間に関する制限的な独占権を取得することができ、この原始的な権利 (primitive right) は、物質的財や土地などに関する当該権利は自己保存 (self-preservation) の尊重と他者の自律の尊重という道徳上の義務から発生すると考える。そして「占有権」もこの原始的権利の一種だといふ^⑦。

すなわち、財産権制度の創設以前であっても、自己保存と生の構想を元に、人は物質に関して道徳上の諸種の権利を有しており、そこから、共有物であった物の使用と消費が認められる。地上で共有されていた物を、妨害されることなく使用する権利をここで原始的権利とおく。そしてこの道徳的権利が及ぶ範囲の中核に、グロティウスを参照し、「自己保存に必要な手段」を置く^⑧。またグロティウスを参照すると、原始的権利の主張は他者の自律と共存する範囲内にとどまる、という制約が内在するといえる。他者が同様に使用できる地位にあることを認めるこの制約が、ロック的但書のいう公正な利用と通底すると考え

るわけである。⁽⁵³⁾ こうして導かれた原始的権利は、個人がその生の構想のために空間・物体を使用することを尊重する一応の理由 (pro tanto reason) という重みが与えられる。

原始的な「占有権」と、制度により創設された財産権 (property right) は区別される。「占有権」は永続的なものではなく使用に関する権利である、時間を超えた承継が認められないなどの点で、制度により創設された財産権 (property right) とは異なるとされる。自由主義的な私有財産権は制度であり、その内容は natural primitive right から派生したものであるというスタンスが、ここにも登場する。⁽⁵⁴⁾

原始的権利は、使用する空間や財からの他者の排除も制限付きで正当化する。他者の排除が許容される要件として、次の3つがあげられる。第1に、その空間等が個人の一般的活動に不可欠なものとして供されていること、第2に、他者の競合的な使用によって当該活動が妨げられること、第3に、公正な利用の但書が満たされていることである。⁽⁵⁵⁾ これらの場合に、排除が可能となる。

国家の領域管轄権により創設される制度上の財産権と比べると、他者の排除に以上のような限定が付される原始的な「占有権」であるが、ステイルツが述懐するところ、財産権というラベルは、彼女にとって道徳上としたる重要性を持たないという。財産権というラベルで語る彼女の意図は、多くの学者が財産権を「物や資源に関する権利の束」を記述するために用いており、

このような広い視野から原始的な「占有権」を財産権の弱い形式として記述することにある。そして、財産権という語をもつと特定の権原に関して記述する用途に限定するべきだというのであれば別に放棄しても構わない、という。⁽⁵⁶⁾

財産権との類比の意図を紹介したところで、「占有権」の解説に戻る。位置付けられた生の計画を有する諸個人が持つ「占有権」は、それが束になることで、国家が当該空間を法的に管轄する権限を有し責任を負う根拠である根本的な権原 (foundational title) となる。国家は、これら既存の住人である「占有権者」のために、排除・退去強制の権限を責任をもって行使することになる。

「位置付けられた生の計画」と「占有権」、それから個人の自律と集団的自己決定 (collective self-definition) を重視するステイルツの立場からは、新たな機会を求めて移住してくる移民はどのように扱われるのか。ステイルツのスタンスは本人曰く、コスモポリタンの国境解放論を否定する一方で、他方では、(彼女が認識する) リベラル・ナショナリストほど退去強制・入国拒否権行使に強い裁量を認めない。つまり、退去に関する国家の権限は、discretionary exclusion right ではなく、入国と滞在の許可を原則としつつ例外として退去させられるという conditional right だという。以下、難民のように差し迫った生存の危機から逃れる移住者でなく、より良い生活の機会を求めて移住してきた機会移民 (opportunity migrants) に関する見解を

概観する。

個人の自律と、諸個人の自律を可能ならしめるための構成員自身による集団的自己決定を重視するのなら、基本善が当該地域内に存在する限り、植民地総督府による支配がごとき外部からの一方的支配は認められない。しかしそこから直ちに、ウォルツァーやミラー、ウエルマンのように、国家による移民排除の権限の裁量的行使を導かれるものでもない。多文化社会において、リベラル・ナショナリストが主張するような、国家による文化維持の観点からの国境管理・退去強制を認めない。また、個人の自律や結合の自由と、集団的自己決定を同義に扱うわけでもない。国家による排除の権限行使は、それが成員の志向する価値や優先事項を反映した制度の下にある利益を保護する必要がある場合、という条件付きで行使されなければならないとする⁽³⁸⁾。

また、裁量的な退去強制権行使を主張する論者が主張する、「望まぬ責務 (unwanted obligation)」の論拠に基づく退去強制正当化にも制約がかかる。すなわち、マイケル・ブレイク (Michael Blake) は、望まぬ責務の回避権 (right to avoid unwanted obligation) から広範な退去強制権を導く試みを展開した⁽³⁹⁾。だがそれに対しステイルツは、その基礎を組み替えて回避権を正当化した上で、その主張に制限をかけるというアプローチをとる。

ブレイクの主張するところ、国家はそれぞれ異なる領域につ

いて管轄権を有し、当該管轄内における人権の保護と実現に特別の責務を負う。人権尊重の責務は普遍的であるが、その保護と実現の責務は特定の地域におけるものである。すでに母国で人権を保護されている者が移住を希望するとき、その者は移住先の住民に対して、自身の権利保障に寄与するよう求めることになる。つまり、移住者によるこの主張は、ホスト国の住民の自由を制約を課すものであり、しかして人民は望まぬ責務の増大を回避するための一応の権利 (退去強制権) がある。

以上の主張に対して、移民の流入と住民の自由制限の連関性には疑義があるため、既存の法制度に対するコストの増大と捉えるべきだ、というのがステイルツの主張である⁽⁴⁰⁾。かくして国家が移住を拒絶することができるのは、移民の増大が高いつき、既存の法制がその負担に耐えられないときに限定するべきだと批判する⁽⁴¹⁾。

以上の移民を制限するコスト的理由は、妥当な理由 (ideal reason) と望ましくないが暫定的に許容せざるを得ない理由 (nonideal reason) に 2 分される。前者の例は、国防、制度の転覆の予防、公共サービスの維持、福祉国家の維持、住民の生活様式の保護、国内の貧困者に対する特別義務である。また暫定的理由たる後者として、移民の大量流入による移民排斥運動激化下での大衆の反発を抑制し、国家や公衆が非リベラル化するのを回避する場合、社会の一体性 (cohesion) を保つ場合⁽⁴²⁾が想定される。これら「妥当な理由」と「許容せざるを得ない」理

由は、退去を正当化する一応の理由として扱われる（無論、これら理由にはそれぞれ異なる重みが与えられる⁽⁶³⁾）。そして国家が当該領域における正統な統治に特別の責務と、無害な移民の移住を許容する義務を同時に負うことを前提に、流入により増加するコストと、移民を希望する者が有する利益の比較考量を行い、ケースごとに処遇が決められることになる⁽⁶⁴⁾。

以上の移民の規制の正当化の議論のなかでスティルツは、長期滞在の非正規滞在者の処遇については語らない。だがボズニアックはスティルツの「占有権」の説明から、非正規滞在者が主張しうる道徳上の権利の取得の可能性を指摘する⁽⁶⁵⁾。そこでこの点も含めて、次節で議論を整理する。

第4節 小括

前2節では、財産権とのアナロジーで市民権の取得や、道徳的権利としての占有権の保持といった権利の保有を主張する研究を紹介した。前者は、市民権を財産権同様に国家が設定し実効化させる関係性の束と解釈して、財産権に関する法理が、市民権に関しても同等の規律を及ぼすとする見方である。後者は、「位置付けられた生の計画」という自律を基礎とする考えから道徳上の「占有権」という権利を導き、また国家の「当該領域における正統な統治への特別の責務」と「無害な移民の移住を許容する義務」という時に両立し得ない義務間の調整をコストの観点から行うべきことを主張するものである。以上総括した

ものは、個人の権利や地位に比重を置いて、市民権や「占有権」を財産権とのアナロジーで語る学説だった。

ところで以上の財産権との類比によって、移民の時間と関係性構築に重みを与えようとする議論を考察するにあたって参考になるのが、ウォルドロンによる国家の退去強制権の正当化根拠をめぐる整理である。

ウォルドロンは、（前近代の君主制下の家産国家の存在を留保しつつ）主権は土地の所有権から独立して存在すると論じる。現代国家の主権原理は財産権（とりわけ土地所有権）に由来するのではなく、また財産権制度は国家によって構築されとの見方を示す。その上で、誰を排除するか、つまり国家が国境を管理し移民を退去させる権限を正当化する根拠として、主権の所有権構想⁽⁶⁶⁾と主権の責任構想⁽⁶⁷⁾の二者があるが、所有権構想によつては退去強制権を正当化できず、まだ望みがあるとすれば、どの主権国家ないし共同体が誰に責任を負うかを問う後者にあることを示唆する⁽⁶⁸⁾。

以上のウォルドロンの退去強制権の根拠に関する整理に照らしたとき、同権限の制約原理として、財産権制約の根拠を当てはめることに次の警句が得られる。まず、想定する制約対象たる国家の権限が、責任構想から導かれるものであることを念頭に置くべきことになる。次に、責任構想の退去強制権⁽⁶⁹⁾として、なぜ財産権に関連する規範が主権の行使を制約するか、十分論じなくてはならない。前2節でみてきた「占有権」や取得

時効も、責任構想の上に展開して、重みづけの要素として整理し理解することができるかもしれない。しかしなお論じるべき問題が残る。

まず、そもそも財産権は自然権あるいは道徳上の基礎を持つ権利なのか、財産権理論は道徳上固有の内容を持つのか、もしかしたらそれは国家によって設計される制度に過ぎないのではないのかが問われなければならない。その上で、財産権に内在するという道徳的規律が、本当に国家の退去強制権を制約するほど確固たる内容を持つのか（また財産権行使の態様に関する規律は財産権固有のルールとして語るべきものか）、またその効力を及ぼしうるのかを論証するべきだろう。財産権と市民権の間に歴史的・機能的親近性が認められるとしてもなお、両概念の内容を分析したとき、果たして両者を同視できるのか、前者に対する規律を後者に対しても同様⁽⁷⁾に及ぼしうるのかを検討しなければならぬ（そしてこの問題は、本稿で扱うには紙幅も準備も不足している）。

さいごに、わが国入管法上の在特制度を理論的に理解することを念頭に、本稿の内容を概括する。国家の退去強制権を前提に、一応の義務論、それからボズニアツクの覆斥に関する理論を総合すると、在特制度（個別的アムネステイ）は次のような構造として説明することも可能だろう。

まず国家は管轄する領域における法的状態を実現する責任を有し、法に違反する行為を取り締まる義務を負う（法適用は「法

の支配」の要請から、公正・平等になされなければならない。統治に正統性を有する国家の法には、その遵守を要請する一応の理由がある。また法的状態実現と個人の基本的な生存の確保のために、各国家が負うべき責任の引受対象範囲と統治に責任を負うデモスの範囲を確定しておく必要がある。移民法や入管法に違反する移民を退去させる一応の理由が、一方で国家には存在するとする。

他方その後の時間の経過によって、関係性を構築した非正規滞在者を退去させるに憚られる事情が生じし、その生存と自由を確保するためのコストを引き受けるべき理由が生じる可能性がある。当該移民の社会関係や生活実態が国民と同視できる者に関しては、国籍・市民権などの標識を有していないとしても、これをホスト国が引き受ける責任の対象として扱うべきとの要請が働く場合がある。そしてこれら、市民権という標識を欠く非正規滞在者の主張を根拠づけ加担する要素として、「占有権」や市民権の取得時効等の道徳的権利の主張および援用がなされている。これら要素によって重みづけの論証が成功した結果、在特や個別的アムネステイが終局的な結論として導出される可能性⁽⁸⁾がある。

以上の理由の競合は、非正規滞在者個人の事情にフォーカスしたボズニアツクの計算式を参考にすると、積極・消極要素として次のように整理される。まず、積極要素は「関係構築（形式的には現在性と時間。実質を加味し、関係の根深さを判断す

る立場もありうる。」と一般における。他方の消極要素は、「当初の法違反状態、非難（刑法上の犯罪行為やテロ活動などの道徳上の変質を阻害する要因）」とおける。²¹

これらの葛藤の末、退去強制がその事例における結論たり得なかったといっても、法遵守の道徳的義務はなお正当性を有す。そのため、かつての非正規滞在者は、同じ法を遵守してきた他の外国人との公平性の観点から、非難の可能性があるかぎり義務違反の償いを相応に行うべきことになる。義務違反者に対して違反への償いを求めるとき、それは過去の不正の反省を求める象徴的機能を有する（そして、違反時に成年者であり責任を問われうる者への金銭的制裁や、人一倍の貢献や奉仕の要求といった議論もここに位置付けうる）。以上のように理解し、説明することもできるのではないのだろうか。

公平な法適用の観点から、アムネスティは政府が濫発して良いものでもない。アメリカでは非正規移民の正規化批判論者が、しばしば「法の支配」を根拠に批判する。しかしアムネスティは、法の支配が求める予見可能性・信頼性・法適用の平等を危機に晒すリスクも内包する。²² 国家の国境管理権を前提に、一応の理由の熟慮によって退去を強制するにせよ、在特を認めるにせよ、その判断は「法の支配」にそぐう形でなされなければならない。²³

むすびにかえて

以上本稿は、わが国入管法上の在留特別許可の理論的基礎を確かめ検討するために、アメリカ法におけるアムネスティと移民法、法哲学、憲法学の議論を参照した。そしてそこでの議論を援用すると、在特の審査における比例原則内での諸要素の比較衡量ないし判断過程審査は、それ自体は正当だが両立しえない「一応の理由」の葛藤を熟慮する場として機能しているものと解釈できる旨を示唆した。

また、審判を非正規滞在者側に有利に傾かせるために主張される諸要素についても、主に財産権や利益という性格に注目して学説を紹介した。これら諸要素に対する検討は財産権に関する研究を必要とするため、本稿では踏み込んだ検討を行っていない。だが、アメリカ法の議論において、退去強制とアムネスティに関する議論が財産権との関連からも論じられている状況については、少なからず紹介できたと思う。

道徳上の権利として在留を基礎づける主張と財産権の類比の妥当性の検討は、以後の研究課題としたい。また本稿内では十分に扱えなかった、家族の結合などの他の道徳上の主張や、逆に非正規滞在者にとってマイナスとなる刑法犯などの諸要素の正当性の基盤の検討も、以降の課題としたい。また、少なからず筆者の誤認等も内存しているかもしれない。それらへの反省も以降の課題とする。

- (1) アムネスティは、一括的付与と個別的付与に大別できる。なお近藤敦「一般アムネスティ・在留特別許可・特別アムネスティ」近藤敦・塩原良和・鈴木江理子『非正規滞在者と在留特別許可』(日本評論社、2010年) 167頁は、両者の折衷として特別アムネスティの類型を設けて、3分類で説明する。
- (2) 本稿が参照するボズニアアツクの業績を扱った先行研究として、横濱竜也「解説 不法移民をいかに処遇すべきか」ジョセフ・カレンズ著(横濱竜也訳)『不法移民はいつ「不法」でなくなるのか』(白水社、2017年)がある。
- (3) とりわけ、インド周辺地域のように、数百万年前まで週リインダス文明の発生以前の最初の土地占有民族とその後継を特定することには、地獄のような困難が伴う。また、民族や部族内における小規模な征服と統合があった場合にも、同原理によっては正当化されえな。
- (4) Jeremy Waldron, *Indigeneity? First Peoples and Last Occupancy*, (2013) 1 NZPIL, at 5-81.
- (5) 以上をウォールドロンは、以下にみるサバンナと水場の例を用いて説明する。例えば当初、諸民族は正当な権原を持って、自分たちの水場を占有・利用してきたとする。このとき、諸民族はそれぞれ、自分たちの水場の権限を主張し、かつ他集団による使用を拒むことができる。しかし環境変化によって1箇所を除く、一帯の水場が全て干上がった場合には、ロック的但書によって、他者の使用に配慮せざるを得なくなる。権原を有する者が他人からその財を奪われて、不正な財の侵奪が起こった場合にも、同様に、事情変更によって権原に基づく主張が制限さ

れうる。すでに別の水場を占有する集団Qの成員が、ある日集団Pの占有する水場をやつてきて、一方的に分前を主張し使用しはじめたとする。Qの成員の行動は不正であるが、その後P以外の水場が全て枯れてしまった場合には、すでにその水場から水を分けてもらっている(掠め取っている)Qの成員には、ロック的但書により権原が認められなければならないことになる。そしてこのことは、入植者の子孫と先住民の間でも成立しうるとする。

- (6) ただし、先住民の(B)概念においては、当該先住民が欧州による植民地化以前にその土地を、長期にわたり占有してきたことが基底にあるが、その期間がどれだけ長期であれば良いかは一意に決せられない

- (7) Supra note (4), at 62-74.

- (8) Jeremy Waldron, *Superseding Historic Injustice*, Ethics Vol. 103, No. 1 (1992), at 20-28. 同論考中ウォールドロンは、時間の経過によって権原がfadeしつること、歴史的不正とその後の矯正または補償における反事実的条件文の成立の困難さ、不正な状況が残存しつつなおsupersedeされうるsupersession理論を展開する。なおsupersession理論については、ウォールドロン自身が、①不正を未来に向け正しく修正しようとする真摯な試みがなされている場合②のみ適用されること、②自説があらゆる改善活動に対して優先する解決策を供するものでないこと、という留保を付している。See also, Jeremy Waldron, *Redressing Historic Injustice*, The University of Toronto Law Journal, Vol. 52, No. 1 (2002), at 135-160. かくして、現在世代のアボリジニの主張する2000年前の先住

民の土地の権原は、ロック的財産権理論を善解し用いてもなお、一方では不正が認められながら、他方では入植者の土地への定着並びに離脱困難性などその後の事情の積み重ねによって覆される。

- (9) 例えば、文化的・象徴的償いの主張例として、ネイティブアメリカンの文化財と先祖の遺品等に対する主張を、法的・経済的償いの例として、アフリカン・アメリカンに対する奴隷と差別をめぐることの主張を挙げる。

- (10) 被害者本人死亡後の矯正の義務継続を認める主張として、亡くなった直接の被害者(の子孫に向けての無念)は未だ存在していると考えて死者への償いを求めるものと、その子孫たちがまさに、先祖からの支援の減少や相続財産の現象によつて被害を被っているのだとして償いを求めるものの2つがある。だがこれら主張を認めるとしても、どちらもせいぜい子と孫の2世代程度しか射程に含まないというのである。これに対し、家系の伝統という意味ある繋がりの喜びの世代を超えた持続性を主張し、歴史的不正に対する矯正の必要性をより広く認める研究として、*see*, Janna Thompson, *Historical Injustice and Reparation: Justifying Claims of Descendants*, *Ethics* Vol.112, No.1 (2001), at 114-135. 同研究は、ウォルドロン¹⁾の反事実条件節に対する批判も検討している。

- (11) ウォルドロンがロック理論に対して行なった権原の正当性の確認の困難さは(a)への批判として、反事実条件節による原状回復の困難さは(b)への批判として、またロック的但書の修正は同時に(c)に対する修正として整理²⁾される。

- (12) Katrina Miriam Wyman, *Is There a Moral Justification For Redressing Historical Injustice?* *61 Vanderbilt Law Review* 127 (2008), at 127-196. 当該論考において歴史的不正への償いの道徳的基礎付けの困難さと限界を指摘上でカトリナは、現在の不正を対象とする議論によつて、残存する不正への対処を考えるべきことを示唆する。

- (13) 現実社会におけるアムネスティの議論は、これらのうちの1つまたは複数の組合せによりなされる枠組みに従って展開されていると云う。Linda Bosniak, *Amnesty in Immigration: forgetting, forgiving, freedom*, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* Vol. 16, No. 3 (2013), at 347.

- (14) ゆえにこのモデルには、国家による当該行為の不正(wrong)とその非難が含まれる。

- (15) そこで、これら批判に応じる形で、アムネスティと同時に、罰金などの何らかの条件を課し、違反行為があつたことそれ自体を明確にすること必要視する主張も見られる。戦争犯罪にはさらに、国際法および応報律に従う人道犯罪の処罰義務が国家に対して課されることから、アムネスティの道徳的正当化の難しさが増大する。本文で見た内容は「許しと忘却」における許し(forgive)に対する批判であるが、違反行為の忘却(forget)については、特に移行期正義における説明責任・真相究明の要請が加味され、正当化の議論と批判がいっそう複雑になる。特に戦争犯罪に対するアムネスティの批判をめぐる議論については、Renee Jeffery, *AMNESTIES, ACCOUNTABILITY, AND HUMAN RIGHTS*, University of Pennsylvania Press (2014)が詳し³⁾。

- (16) *Supra* note (14), at 348-349.
- (17) *Id.* at 349-350.
- (18) *Id.* at 351.
- (19) *Id.* at 351-352. 以下かいつまんで、非正規移民が不正な行為として処遇される現状においても成立しうる、「正当化」モデルの骨子を紹介するにとどめる。移民領域のアムネスティの「正当化」モデルとして、ボズニアックは以下の4つを挙げる。第一が、受入国が退去強制の権能を失うパターンである。長期にわたり、国境管理を徹底せず事実上の寛容政策 (*de facto tolerance*) をとっていた場合がこれにあたるという。第二が、受入国が非正規移民のもたらず利益を直接享受してきた場合、契約的互酬性あるいはある種の自然権により、その存在承認とメンバーシップ付与の責任を負う、とするものである。第三は、メキシコとアメリカの関係のように、受入国と送出国の間にある、移民の発生過程に特殊な歴史が関係している場合である。第四が、受入国が送出国に対して政治的・経済的に困難な状況を作出し、送出国の人口流出に関与している場合である。
- (20) *Id.* at 353. これがウォルドロンによる *supersession* 理論に由来する。
- (21) Linda Bosniak, *Wrongs, Rights and Regularization*, *Moral Philosophy and Politics* Vol. 3 No. 2 (2016), at 189. またこれは、国境管理権の正当化根拠をめぐる議論ともつながる。合衆国移民法判例における絶対的権限の法理とその根拠については、Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND THE JUDICIARY*, Oxford (1987) や T. Alexander Aleinikoff, *SEMBRANCE OF SOVEREIGNTY*, Harvard (2002) を参照 (なお Bosniak の論考の中では、国家の権限 *pro tanto* とされる)。
- (22) *Id.* at 192-193.
- (23) 「応の義務 (*prima facie duty*)」は、それ自体妥当内容を持つ道徳上の諸義務を指す。これが問題となるのが、妥当する2つの義務の同時履行が事実上不可能であるジレンマの状況である (例えば、友人との会食の約束を守らなければならないが、その道中で困っている見知らぬ人と出会い、困っている人を助けなければならない場合がこれにあたる)。どちらも妥当する義務だが両立が事実上困難なジレンマにおいては、その状況下での熟慮や反省によって、遵守すべき義務が選択される。このとき、選択された義務が「終局的義務」となる。ただしこの場合においても、覆された (*override*) 義務にも規範的妥当性はなお存在しているため、この覆された義務の内容の遂行が免除されるといっても、その代償となる行為 (事情説明や代替的給付) などを義務の名宛人のために行う規範的要請が、義務主体には課される。以上の説明については、井上達夫『立憲主義という企て』(東京大学出版会、2019年) 174頁、奈良雅俊『倫理理論』(赤林朗・児玉聡編『入門・倫理学』(勁草書房、2018年) 42-43頁、安彦一恵『道徳的である』とはどういうことか』(世界思想社、2013年) 22頁、横濱竜也『道法責務論』(弘文堂、2016年) 9-39頁を参照。
- (24) Bosniak, *Supra* note (21), at 198.
- (25) *Ibid.* at 199. なお時間については、どれだけ時間がたてば違反行為の *supersession* が生じるのかが問われうる。またこれ以外

にも、加要素として文化適応や奉仕活動といった他の要素もあるのではないかが争われうる。アムネスティを付与するとしても、そこから許容される滞在は一時滞在中とそれとも帰化の機会まで与えていいのかも論点となる。

- (26) だが、ボズニアックの指摘する通り、「ならば、二級市民としないよう退去させれば良い」式の議論も展開可能なため、これは直接的かつ強力な根拠となりうる。Id. at 202-203. 成員資格の付与については、Rainer Baubock, DEMOCRATIC INCLUSION, Manchester (2018), Owen Fiss, A COMMUNITY OF EQUALS, Beacon Press (1999) も参照。

- (27) Bostick, *Supra* note (22), at 203.

- (28) なおボズニアックは、同時発生的優越性論の別バージョンとして、国境開放に親和的な正義論による国家の権限の批判および移動の自由などの権利の主張、ならびに非正規移民から利益を得てこれを黙認する場合の2つを挙げる。後者は、上述の「正当化」モデルにおける第1と第2にあたる(脚注(19)を参照)。前者については本稿の射程外として、後者については次章で扱う。Id. at 206.

- (29) 脚注(19)で補足した「正当化」モデルにおける第3がこれである。

- (30) Id. at 209-217. なお以上の矯正的優越の議論は、ボズニアックの「正当化」コンセプト・モデルにおける1-4のそれぞれに該当すると整理できる。

- (31) この点に関してはウィル・キムリッカ著(稲田恭明・施光恒訳)『多文化主義のゆくえ』(法政大学出版局、2018年)も参照。

- (32) ボズニアックは「違反行為がもはや違反行為でなくなる」との表現を用いる。法的には違法性を問い得なくなるとしても、「prima facie」の考えを採用するのなら、道徳上なお、違反は違反として残存するのではないだろうか。すなわち、違反を指摘する規範はなおも正当性を有し続けるのであり、それと両立できない正当な事情が後発的に発生することで葛藤が起り、理由間での熟慮と調整が生じるというのが、本稿の理解である。

価値多元論については濱真一郎「現代正義論と価値多元論の可能性」ジョン・グレイの議論を素材として「同志社法学界50巻4号(1999年)39-92頁、「アイザイア・バーリンの価値多元論」現代正義論におけるその可能性」同志社法学界51巻4号(1999年)1-60頁、ジョン・グレイ著(河合秀和訳)『バーリンの政治哲学入門』(岩波書店、2009年)などを参照した。また「Bruce A. Ackerman, PRIVATE PROPERTY and THE CONSTITUTION, Yale University Press (1977) も示唆に富む。

- (33) 瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕『法哲学』(有斐閣、2028年)339頁。また、井上「前掲注(23)」168頁も参照。

- (34) 瀧川裕英『国家の哲学』(東京大学出版会、2017年)177頁。

- (35) 労働市場に勝手に入り込んで勝手に納税している排除困難な状況下においては、「同意」と「受領」から区別される「受諾」を国家が行っていると主張するのも筋が悪い。フェア・プレイ論一般および外国人の遵法義務については、瀧川「前掲注(34)」172-191、310-312頁を参照。なお、移民法における「黙示の同意」も同意論と公平論のオーバラップする部分と

して考察できそうだが、黙示の同意ありやなしやはその国における政策や制度運用を考察する必要がある、本稿の直接の関心から外れるため割愛する。「また、待機列の長さ問題などについても割愛する。」

- (36) Ayelet Schachar, *Citizenship for Sale?* The Oxford Handbook of Citizenship, Oxford (2017), at 789.
- (37) Bridget Anderson, *US & THEM?* Oxford (2013).
- (38) だからこそ、非正規滞在者へのアムネスティは、反対論者からは、不正への報酬であり、不公平と批判される。なお、貢献でなく何らかの価値の創出による関係性尊重の要請と解した場合には、財産権をめぐる議論となる。
- (39) New Property の語は Charles A. Reich, *The New Property*, Yale Law Journal Vol.73, No.5 (1964), at 733-787 に由来する。
- (40) Ayelet Schachar, *Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform*, Yale Journal of Law & the Humanities, Vol.23 (2011), at 114.
- (41) *Id.* at 123.
- (42) そして以上を総括し、*jus soli* と *jus sanguine* だけでなく、*jus next* という思考法によっても国籍を付与することの妥当性を説いた。なお以上から、一定の根付きを有する非正規滞在者に市民化の機会を与えるべきこと、また移民の過去の不正への償いとして贖罪税 (redemption dues) を課すべきことが導かれる。*Id.* at 110-158. なお財産権と市民権の機能上の近似性に注目してアナロジーを試みる彼女のスタイルは、Ayelet Schachar and Ran Hirschal, *Citizenship as Inherited Property*, Political Theory Vol.35,

No.3 (2007), at 253-287 にも見られる。同研究では、国際的な分配的正義を語る上で財と市民権の類比を、財産権とは国家により強制されうる権原と義務の関係性である、財産権と市民権は機能上諸種の共通点を持つ、土地の相続と市民権の相続の譲渡制限は歴史的に近似し一部オーバーラップする、という順に叙述する。すなわち財産権上の鍵となる概念(国家によって執行される関係性についての規律、狭義・広義の財産権概念)から財産権と市民権の性質の類似性を見出し、かつ両者に伴う門番的機能と機会強化機能(ないし right to exclude, and right not to be excluded)から機能上の類似性を指摘する。その上で、中世・近世の英米法史に存在した財産権とメンバースhipの継承の制限とその批判を紹介する。以上のアナロジーと法制史によって、財産権の相続に関する規律が市民権の次世代への継承をも制約する原理として国家の裁量権を制限しようという論理を展開する。そして、機会の不平等を埋めるための財産相続上の制約を市民権に導入した1つの政策論として、生来的特権課徴金 (birthright privilege levy) の案を提示する。

- (43) 責任減少については森村進「権利と人格」(創文社、1989年)、同『財産権の理論』(弘文堂、1995年) 100-103頁、同『法哲学はこんなに面白い』(信山社、2020年) 199-225頁を参照。
- (44) Anna Stilz, *TERRITORIAL SOVEREIGNTY*, Oxford, 2019, at 33, *Occupancy Rights and the Wrong of Removal*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 41, No. 4 (2013), at 325-326, 329.
- (45) 財産権に関するルールなどこの国家の当該権限により具体

化される。

- (46) *Supra* note (44) at 34-36.
- (47) *Id.* at 36-39. なお原文では、財産権制度を持たなかった先住民のナバホ族の土地の収奪の不正を「占有権」から説明し論証するが、本稿では割愛する。
- (48) *Id.* at 40-41. ラズの利益説については、ジョセフ・ラズ(角田猛之訳)「権利の性質について」、同(桜井徹訳)「法的権利」同著(福田三徳編)『権威としての法』(勁草書房、1994年)を参照した。
- (49) *Stitz, Id.* at 41-47.
- (50) *Id.* at 47-49.
- (51) *Id.* at 50.
- (52) *Id.* at 60.
- (53) *Id.* at 61-62.
- (54) *Id.* at 63.
- (55) *Id.* at 60.
- (56) *Id.* at 69.
- (57) *Id.* at 72.
- (58) *Id.* at 189-193. 集団の自己決定および「占有権」の下で、ステイルツは、多数の非リベラルな移住者などによる法制度の不正利用という脅威がある場合や、広く共有される価値を承認された政策等を台無しにされかねない場合、また単一文化社会においては共有されたナショナルな文化を保護する必要がある場合に、移民の制限を認める。しかしステイルツによる制限が正当化される自由は、ある面では広すぎて、またある面では狭すぎるよ

うに思われる。すなわち、ステイルツは福祉国家ノルウェイの国民間で共有された価値がリパタリアンの大量流入によって損なわれる場合を不正利用(*usurpation*)の事例に含めるが、正義構想の主張が公共的理性に基づき、公正で基本善を損なうものでない限り認めるべきだろう。他方、ステイルツは大量流入による激変や他国による植民地化に近い状況に対しても警戒を向ける。だが特定民族によるロビイングなどを考慮に入れると、必ずしも数の多寡が全てを決するわけではなく、シンクタンクなどを通じた政策提案や集団の凝集性の高さ、居住地域などによって、比較的少数の民族がサイレント・マジョリティよりも自身の政治的選好を当該地域における政治に反映させられる。他国の政治的決定から構成員の集団的自己決定を保障する必要性を移民規制に反映させるのであれば、数だけでなく質にについてもリアリズムに照らして真剣に考慮する必要があるだろう。

- (59) Michael Blake, *Immigration, Jurisdiction, and Exclusion*, *Philosophy & Public Affairs* 41, no. 2 (2013), at 103-130.
- (60) ステイルツが依拠するケイツとヘブニックについては、Michael Kates and Ryan Pevnick, *Immigration, Jurisdiction, and History*, *Philosophy & Public Affairs* 42, no. 2 (2014), at 179-194を参照。
- (61) *Supra* note (44), at 198-199.
- (62) なおこれには、「市民の連帯などがリベラルな社会に必要なならば」という留保が付される。
- (63) *Supra* note (44), at 198-202. なお無害移民の許容義務を指定するステイルツの立場からは、移民の受け入れに非制限的な立場が

原則となる。

- (64) これら国家が主張しうるコストをベースとする一応の理由それぞれについては、その広狹をめぐって批判がありうるだろう。ところでスティールツは、移動と移住がもたらす利益が多様なことを前提とする。そのため、「国家間の移動の自由全てが等しく価値ある素晴らしいものだ」という主張を退ける。権利の形態や射程は、その基底の根拠となる利益に左右されるため、各移民が主張する移住の自由による利益が、自律とものともな関係を有するか、またその自由が重要なものかをみるべきなのだというのが彼女の主張である。移住の理由として例えば、快適な気候を求める場合や、すでに真つ当な生活を送っている者がより高額な給料を求める場合、国内で十分な教育機会や信教の環境を確保された者がより良い環境を求めて移住する場合などには、移住することについて差し迫った (urgent) 利益を欠くとされる。他方で、品位ある真つ当な教育機会や給料を求める場合、家族との再結合を求める場合には、先述の理由よりも重みが与えられなければならないという。以上のスティールツのスタンスは、「全ての価値あるオプションが社会に存在しないことが必然的に不正となるわけでもなく、また可能性の不存在よりもすでに行った選択に対する侵害の方が有害である」という彼女の認識に依拠する。

- (65) なおスティールツの記述ぶりからすれば、非正規滞在者の 2 世代 (当該地域において生の計画を構想する、不正な入植者たちの間に生まれた新参者) は、そこに生まれたことについて責任がなく、正統な「占有権」を取得すると説明される公算が高い

だろう。Supra note (44), at 77.

- (66) sovereign ownership conception. 君主の家産である国家に誰を立ち入らせ、誰を排除するかという発想がその典型。アメリカのルイジアナ購入や、国土の保有 possession という用語法により、この思考パターンの存在が例証される。
- (67) responsibility conception of sovereignty. 主権は人民の利益の管理のために存在し、これに対し責任を負うとする考え。私有財産制や私法も、主権が有する公的責任から産出される。つまり、sovereign は people の利益の管理人であり、private law のための public responsibility を負うのだという考えにまとめられる。

- (68) Jeremy Waldron, *Exclusion: Property Analogies in the Immigration Debate*, Theoretical Inquiries L. Vol.18 (2017), at 463-489. ウォルドロンによれば、①国家の排除権が及ぶのは他国に対してであり個人に対してではないため、国家の権限と私有財産権の排除権はカテゴリー錯誤 (category mistake) を犯しており、また②私有財産権は国家の内における存在であって独立した制度ではなく、かつ国家によって制限されるものであるため、所有権とアナロジーによって主権の退去強制権を語ることが妥当でないとする (なおウォルドロンの財産権に関する態度の基礎を理解するには、Jeremy Waldron, *THE RIGHT OF PRIVATE PROPERTY*, Clarendon (1988) も参照。また、アメリカのコモン・ローおよび法制史における外国人の土地所有権制限の歴史については、Allison Brownell Tirres, *Ownership Without Citizenship: The Creation of Noncitizen Property Rights*, 19 Mich. J. Race & L. 1 (2013), at 1-52 も参照)。この構造を明確に意識しながらなお、国家の退去強制権

限の制約を財産権との類比によって論じる研究も存在する。カトリナによる同研究においては、気候変動によって増大する移民に対する国家の退去強制権の制約を論じる。曰く、国家は規制権限、暴力の独占という点から土地の保有者の上位にあり異なるが、国家の退去強制権も私有地の排除権も、土地への個人のアクセスをコントロールする権限であり、かつその権限の正当化根拠が自己実現 (self-actualization as a person)・(集团的な自己決定 (self-determination)) という点や、共有地の悲劇回避などの点で共通し、「ラフに言えは」近似すると述べる。See, Katrina Miriam Wymen, *Limiting the National Right to Exclude*, *University of Miami Law Review* Vol.72 (2018), at 423-475.

(69) 法哲学上の議論としては森村進『財産権の理論』前掲注(43)が詳しい。また財産権の自然権的性格への懐疑だけでなく、本稿で扱った価値多元論に関する憲法上の議論を扱う研究として長谷部恭男『比較不能な価値の迷路(増補新装版)』(東京大学出版会, 2018年)も参照。

(70) スティールズ関連の議論の検討は、さらに、財産権理論から分離させて考察しても成立するかを、別途問わなければならないだろう。またシャツハーの議論に関しては、「誰が誰に対するいかなる財関係をどういう理由で取得するのか」も、より詳細に考察する必要がある。これらに関する検討の示唆に富む先行研究として、高橋一行『所有論』(御茶の水書房, 2010年)も参照。またこの論点に付随して Gregory S. Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, *Comel L. R. Vol. 94* (2009), at 745 は、センヤヌスバウムの潜在能力アプローチと人

格の平等性から万人の共同体に対する責務、財産権(特に土地)所有者への規律を導き、現代のアメリカ法における財産権に内在する道徳的責任を社会的責任 (social-obligation) として、法と経済学から財産権行使に対する制約を論じるよりも、重く展開しようと試みる。

(71) 子どもなど非難可能性がない者は、マイナスとなる非難の要素が除外される。また人格の同一性が薄れることで責任が減少すると言いつるのなら、非難の程度も時間の経過によって減少する。このとき時間は、積極要素としても、また消極要素を縮小させる要素としても二重に機能する。また、当初は消極要素の重みが強いものの、時間の経過によって理由同士の衝突と葛藤が深刻化し、さらにその後の時間経過によって後発的理由の重みが優越するようになると整理できる。

(72) Martha Minow, *WHAT SHOULD LAW FORGIVE?* Norton (2019), at 146.

(73) なお非正規滞在者間でのアムネスティの平等適用についてはまた別の議論とする。